

Hermetische of historische waarheid (en recht). Remedies tegen opsluiting van feiten in processualisering en partijautonomie

H.J.R. Kaptein

1. Inleiding

Het is al vaker opgemerkt: de grote meerderheid van alle geschillen voor de rechter draait om betwiste feiten, niet om betwist recht. Dat hangt niet zonder meer samen met het – geruststellend? – gegeven dat maar een klein deel van alle juridische dan wel gejuridiseerde geschillen voor de rechter komt, en dan nog eigenlijk alleen arbeids-, familie-, huur- en strafzaken. Ook buitengerechtelijke geschillenbeslechting heeft meer te maken met feiten dan met recht. – Waarbij niet moet worden vergeten dat nogal wat zaken over niet meer gaan dan simpele recht- of titelverschaffing, tegen partijen die het er al dan niet calculerend in termen van de procesbereidheid van wederpartijen op aan hebben laten komen –.

Zonder feiten is er geen recht en de rechter die geen recht doet aan de feiten van het geval doet dus geen recht. Toch zijn die feiten nog steeds een ondergeschoven kindje, in de academische opleiding, in de rechtspraktijk en in de rechtstheorie. Juristen worden niet onderwezen in vaststelling van feiten in het verleden (of soms zelfs in de toekomst), vanuit even uiteenlopende en nogal eens onzekere aanwijzingen daartoe in het heden. Advocaten zijn nogal eens meer geïnteresseerd in winst dan in waarheid (zeker als die strekt ten ongunste van cliënten) en de rechtstheorie houdt zich nog steeds praktisch alleen bezig met recht. Wél werden misstanden als veronachtzaming van feiten in de strafrechtspleging aan de kaak gesteld (door Crombag c.s., vanaf 1992) en gloort toch iets van nieuwe aandacht voor het belang van feiten in rechtspraak en rechtspleging. Die hernieuwde aandacht wordt niet alleen ingegeven door al dan niet malafide fouten in rechterlijke vaststelling van feiten, maar ook door ruimere twijfels aan de kwaliteit van feitelijke grondslagen van rechtspraak en rechtsbedeling in het algemeen.

Als wel vaker acht de rechtspraktijk dergelijke academische aandacht voor echte of vermeende misstanden grotendeels van onwaarde. Afgezien van kennelijke misslagen gaan twijfels aan feitelijke grondslagen van rechtspraak uit van verkeerde vooronderstellingen, zo wordt beweerd. In het recht zou het niet gaan om historische, maar om processuele waarheid, in ieder geval in de civiele rechtsvordering op grond van partijautonomie. Hoofdzaken van die opvattingen komen op het volgende neer: partijen en andere betrokkenen zijn zelf verantwoordelijk voor bewaking en bewijs van feiten die hen aangaan, de rechter 'is er nu eenmaal niet bij geweest' en heeft dus geen zelfstandige kennis van historische waarheden. Hij kan dan ook niets anders doen dan op grond van een zo 'redelijk en billijk' mogelijke (of in ieder geval in de strafvordering grotendeels wettelijk vastgelegde) verdeling van bewijslasten knopen doorhakken. Fixatie op *wie es wirklich gewesen* is miskenning van *Legitimation durch Verfahren*. Ofwel: de rechter is geen amateur-archeoloog en -historicus, maar bewaker van een eerlijk proces, ook als het gaat om de strijd om de feiten. Dan zijn rechtsgeldige feiten niet meer dan de uitkomst van dat eerlijke proces.

De idee van processuele waarheid is – vanzelfsprekend – een afgeleide van het even algemeen als wezenlijk onderscheid tussen materieel recht en rechtsvordering (formeel recht, procesrecht). Juridische formaliteiten bieden: (rechts)zekerheid, dwang tot nadenken – in ieder geval door al dan niet redelijke termijnstellingen – en eerlijke geschillenbeslechting (*fair trial*). Zonder rechtsvordering is er geen verwerkelijking van materieel recht. Rechtsvordering (in algemene zin) biedt ook: regels ter vaststelling van feiten, bijvoorbeeld met betrekking tot toelaatbaar bewijs (wie mag

getuigen en wie niet), regels van bewijslastverdeling (wie stelt moet bewijzen en de uitzonderingen daarop) en regels met betrekking tot 'fixering' van kennelijk belangrijke feiten bijvoorbeeld in authentieke akten, openbare registers en juridische ficties.

Daarmee lijken problemen van feiten en bewijs opgelost: als alles volgens de regels is verlopen en vastgesteld, zou aan rechtens belangrijke feiten niets meer kunnen worden toegevoegd of afgedaan. Nee, want dat is in ieder geval miskenning van onderscheidingen van *pure, perfect & imperfect procedural justice* (zie daarover met name Rawls, 1999). Zuiver procedurele rechtvaardigheid garandeert de juistheid van elke uitkomst, mits de regels van het spel in acht zijn genomen. (Democratische procedures, aan vormvoorschriften gebonden overeenkomsten, testamenten en dergelijke komen in die buurt.) Volmaakt procedurele rechtvaardigheid bestaat niet, althans, niet in het recht. Want dat zou betekenen dat getrouwheid aan de regels van het spel zou garanderen dat het resultaat materieelrechtelijk volstrekt verantwoord is, gemeten aan niet-procedurele maatstaven. Onvolmaakt procedurele rechtvaardigheid is natuurlijk de regel. Meestal gaat het redelijk goed, soms gaat het (goed) fout, ondanks alle mogelijke rechtsvorderlijke smetteloosheid. Eeuwenoude juridische subtiliteit en verfijning van steeds complexer procesrecht staat niet in de weg aan materieelrechtelijke speelruimten en mogelijkheden tot misbruik, met materieelrechtelijk onverantwoordbare resultaten (zie ook Kaptein, 2006, hoofdstuk II, over *lawful but awful*, overigens niet alleen in de rechtsvordering).

Dat lijkt toch ook te gelden voor vaststelling van feiten. Zo kan bewijsnood, al dan niet ten gevolge van regels van bewijslastverdeling, betekenen dat een partij (of instantie) niet krijgt wat zij verdient, op grond van de kennelijk (in ieder geval door belanghebbende) niet te bewijzen maar daarom nog niet minder vaststaande feiten van het geval. Of vooronderstelt aanname van dergelijke onvolmaakt procedurele rechtvaardigheid inderdaad ten onrechte dat er zoiets is als historische waarheid?

Is argumentatie tot feiten in rechtspraak toch iets anders dan argumentatie tot feiten in het gewone leven, de geschiedwetenschap en de archeologie? Voor zover in dat gewone leven en in die wetenschappen al zinvol kan worden vastgesteld 'wat echt is gebeurd'? Maar rechtspraak en rechtspleging lijken toch bijzondere argumenten nodig te hebben om aannemelijk te maken dat in het recht, anders dan overal elders, processuele producten het kunnen winnen van historische feiten.

Natuurlijk is deze vraagstelling niet in elk opzicht nieuw (en ook dat is niet nieuw). Toch blijven fundamentele discussie en duidelijke antwoorden uit, in wetenschap én praktijk. De burgerlijke rechtsvordering ontwikkelt zich althans op papier toch in de richting van historische waarheid (zie bijvoorbeeld Klaassen, 2002 en Schoordijk, 2004), terwijl in het bestuursprocesrecht – én in de strafvordering – zonder nadere redengeving het tegendeel lijkt te gebeuren (zie Damen, 2006 en Knigge, 2006). – Rechtseconomisch beschouwd is procedurele waarheid nogal eens 'goedkoper', maar dat is eerder een verklaring van de gangbaarheid er van dan enige rechtvaardiging –. Hier zal worden betoogd dat processuele waarheid in rechtspraak en rechtspleging in beginsel moet worden verboden, als direct in strijd met materieel recht en rechtvaardigheid.

Eigenlijk geldt hetzelfde voor dialogische opvattingen van feitenvaststelling, als in strijd met het uitgangspunt dat de feiten van het geval onafhankelijk van betrokken partijen en anderen moeten vaststaan. In zekere zin zijn dergelijke dialogische (pragma-dialectische) opvattingen repliceringen van rechtsvorderlijke modellen van feitenvaststelling en zouden zij tenminste in rechtsvorderlijke zin aan dezelfde euvelen kunnen lijden.

2. Zonder feiten geen recht

In beginsel is de argumentatieve grondstructuur van argumentatie tot rechterlijke uitspraken die van de (samengestelde) *modus ponens*. – Het debat over zin en onzin van analyse van rechterlijke

argumentatie in termen van al dan niet monotone logica's, of helemaal geen logica, kan hier niet worden gevoerd, zie daarover bijvoorbeeld Kaptein, 2001-. De bijzondere feiten van het geval worden genomen onder algemene regels (wetten, beginselen en regels van jurisprudentie, tot en met redelijkheid en billijkheid dan wel andere belangenafweging). Dat leidt tot de rechterlijke uitspraak. De rechter past immers rechtsregels toe, indien daarover twijfel bestaat bij (ontvankelijke) belanghebbenden en/of als niet alle betrokkenen zich zonder meer voegen naar de gevolgen die het recht stelt op hun doen en laten. De logische structuur van rechtspraak is geen andere dan die van elke toepassing van regels op feiten en dus van alle redelijk doen en laten. Zonder feiten geen recht, net zo goed als er geen doel-middelen rationaliteit of welke praktische rationaliteit dan ook is te vinden die niet uitgaat van de feiten van het geval. Die simpele logica kan natuurlijk samengaan met ingewikkelde kwesties van rechts- (en andere regel-) uitleg en feitenvaststelling.

Recht bepaalt (het belang van) feiten, en omgekeerd. Deze gemeenplaats gaat ook op in verband met het gegeven dat rechters met name in civielrechtelijke moeilijke gevallen nogal eens uitgaan van een 'tevorens vaststaande' uitspraak, die vervolgens wordt gemotiveerd in termen van positief recht en de feiten ter zake. Het AEGON II-arrest (1998) staat niet alleen: een slachtoffer moest uit de wind worden gehouden, op grond van stilzwijgende beginselen ter bescherming van zwakke partijen, een dergelijk weerloos geval deed zich voor (het anders tot de bedelstaf gebrachte slachtoffer van mishandeling), dus werd gezocht naar positiefrechtelijke argumentatie die leidde tot aansprakelijkheid van de verzekeraar van de dader. Als de opzet van de dader alleen gericht is op de 'lol' van de mishandeling, houden wettelijke indenniteitsbeginselen dan wel contractuele uitsluitingsclausules in verband met opzet uitkering van verzekeringspenningen niet tegen. Daaruit blijkt een 'achterliggende' *modus ponens*, in termen van beginselen al dan niet ter bescherming van zwakkere partijen en in dat licht belangrijke feiten. – Nog afgezien van rechterlijke vooroordelen die kunnen leiden tot verkeerde opvattingen van de feiten van het geval –.

Zo kunnen 'elastieken' begrippen van opzet en schuld dienen om ongewenste gevolgen van positief recht te omzeilen, door aanpassing van de feiten van het geval. Ook afgezien daarvan zijn opzet en schuld ingewikkelde begrippen. Als bekend hebben zij zich in ieder geval in het civiele recht steeds verder ontwikkeld in normatieve richting, hetgeen bewijsrechtelijke problemen tenminste voor een deel kan doen verdwijnen. In het strafrecht gaat het ook hier meer om feiten, hoe letterlijk onzichtbaar opzet en schuld ook zijn. Dat is natuurlijk verwant met een hoofdzaak van feiten in rechtspraak: vaststelling van daderschap, niet alleen in de strafvordering. 'Wie heeft het gedaan' is nogal eens de belangrijkste feitelijke vraag in geding. Al eerder is opgemerkt dat daderidentificatie verantwoordelijk is voor de hoofdzaak van strafrechterlijk feilen in vaststelling van feiten (met alle gevolgen van dien).

Zo zijn er natuurlijk nog veel meer problemen met onzekere feiten van zeer uiteenlopende aard, hoe klein hun statistisch belang voor de rechtspraak ook moge zijn. – Van kwalificatieproblemen, bijvoorbeeld de vraag of iets strafrechtelijk een wandel- of wapenstok voorstelt, wordt hier verder afgezien, net zo goed als feiten ten grondslag aan strafmaten hier niet aan de orde kunnen komen –. Een (voorlopig) laatste voorbeeld: In het civiele recht gaat het nogal eens om vaststelling van schade (of bijvoorbeeld van negatief contractsbelang), op grond van de *counterfactual conditional* dat de schade het verschil is tussen de wereldgeschiedenis mét de laedens en diezelfde wereldgeschiedenis zonder (tenminste vanuit het standpunt van de gelaedeerde). Nog afgezien van logische problemen met dergelijke *counterfactual conditionals* lijkt dat feitelijk een bijna onmogelijke opgave (zie bijvoorbeeld Nieuwenhuis, 2006, met nadenkend stemmende casus, inclusief schattingen van nog te lijden schade, met alle voorspellingsproblemen van dien).

Niet alleen in vaststelling van schade rijst een beeld van 'terugspoelen' naar het verleden als theoretisch ideaal van rechterlijke feitenvaststelling. Als bekend is dat de eigenlijke kern van Bentham's 'anti-nomische' – ofwel vrije – bewijsleer (1827): ongehinderd door rechtsvorderlijke beperkingen gaat de rechter zo goed mogelijk op zoek naar de historische waarheid, die tenminste in beginsel ook kan worden gevonden. Uitzonderingen (bijvoorbeeld authentieke akten)

daargelaten zijn rechtens belangrijke historische werkelijkheden onomkeerbaar verdwenen, en in het heden alleen nog kenbaar op grond van sporen die dat verleden heeft nagelaten in het heden. In die zin lijkt de rechter een archeoloog. Anders dan de historicus, die immers verklaringen zoekt voor vaststaande historische gebeurtenissen (met wie de feiten vaststellende rechter wel ten onrechte wordt vergeleken, zie bijvoorbeeld De Blécourt, 1936) zijn archeoloog én rechter op zoek naar de betekenis van aanwijzingen in het heden voor een onbekend of tenminste onzekere verleden. – Al is de rechter die opzet en schuld ter zake van verder vaststaande feiten moet vaststellen ook weer historicus, en toekomstvoorspeller als het bijvoorbeeld gaat om gederfde inkomens en levensvreugden. –

Al dan niet dode lijken in schuurtjes, al dan niet betrouwbare getuigen en velerlei andere indirecte aanwijzingen van moord en zo veel andere betwiste verledens, dat is waarmee de rechter het moet doen. Hier doemt op de grondstructuur van abductie. Bijvoorbeeld in de strafvordering komt het er dan op neer dat de tenlastelegging een aannemelijke, maar daarmee nog niet de enig mogelijke, verklaring biedt van nu nog beschikbaar bewijsmateriaal (zie daarover Kaptein, 1997). Abductieve verklaringen berusten op inductie, analogie en hun achterliggende (causale, motivationele etc.) 'vuistregels': 'Meestal gaan die dingen menselijkerwijs zo ...' en/of 'in andere maar eigenlijk vergelijkbare situaties gebeurt hetzelfde', etc. Daarmee rijzen problemen van (al dan niet rekenkundig te bepalen) waarschijnlijkheden (zie daarover Derksen, 2006).

In beginsel moet de aannemelijkheid van abductieve reconstructie van het verleden worden bepaald door explicitering van alle verzwegen premissen, in 'uitbouw' van abducties tot stelsels van premissen waaruit conclusies over betwiste feiten dwingend volgen, vanuit in het heden vaststaande premissen (volledige verificatie). Nogal eens is dat een onmogelijke opgave, nog afgezien van zo veel andere problemen met reconstructie van het verleden. Veel besproken 'heuristische' methoden als die van Wigmore (vanaf 1913) brengen hier geen uitkomst.

Weerlegging (falsificatie) van dergelijke grotendeels stilzwijgende maar ook wel uitdrukkelijke abducties – denk aan Meer & Vaartverweren in de strafvordering – is nogal eens een meer theoretische dan praktische mogelijkheid, niet alleen door ongelijke bevoegdheden van betrokkenen, in ieder geval als het gaat om de verdachte tegenover het Openbaar Ministerie. Hoe dan ook is duidelijk dat sluitende reconstructie van juridisch belangrijke verledens (en toekomst) nogal eens neerkomt op niet meer dan *(one more) noble dream*. Die reconstructie zou immers neerkomen op argumentatief volledig sluitende relatering van heden met verleden, door specifieke samenhang van gebeurtenissen, op (mens)wetenschappelijke gronden. Relativistische kentheorieën of zelfs ontologieën bieden ook hier makkelijke uitwegen: de werkelijkheid is nu eenmaal wat verschillende mensen (en culturen) er van maken, of zelfs: er is geen enkele objectieve werkelijkheid. Dergelijke ontologie lijkt in het gemiddelde rechtsgeschied inderdaad niet meer dan een uitvlucht: een lijk is en blijft tenminste in alledaagse en juridische zin immers een lijk, net zo goed als een heg te laag was afgeknipt, of te hoog doorgesnoeid. Over blijven de – al te ? – open deuren van meer kentheoretische twijfels, zoals verwoord door Asser (2006, p. 15):

'Partijen hebben zo hun eigen verhalen. Feiten zijn verhalen, betogen. "De" waarheid bestaat niet. Iedere partij heeft haar eigen waarheid en de rechter die zijn vonnis wijst heeft ook zijn eigen waarheid, die dan als de aan partijen opgelegde, tussen hen bindende waarheid gaat gelden.'

Dan is er zelfs in beginsel geen wetenschap van feiten die waarnemingen en oordelen van partijen (instanties) overstijgt. Dan lijkt in de strijd om de waarheid strijd inderdaad de enige waarheid te zijn. Kan dat toch leiden tot redelijke resultaten, zolang de eerlijkheid van die strijd wordt bepaald door de regels van het spel?

3. Processualisering van de feiten, en wat er dan van over blijft

Inderdaad is het nu eenmaal zo geregeld dat partijen (of andere betrokkenen, bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie) volgens rechtsvorderlijke regels de feiten aandragen – of wat daarvoor moet doorgaan – en dat de rechter besluit wat hij er mee doet. – In ieder geval de strafrechter past niet helemaal in dit beeld, maar dat wordt hier gelaten voor wat het is. – Van daaruit is het niet ver meer naar het principiële standpunt dat het niet gaat om enige historische waarheid, voor zover die nog is aan te tonen, maar alleen om processuele waarheid. Wat dan telt is wat betrokkenen volgens de regels van het spel naar voren weten te brengen. Zonder overtuigende weerwoorden dan wel rechterlijke twijfels aan de betrouwbaarheid van partijen en anderen, alweer volgens diezelfde spelregels, is daarmee de zaak afgedaan.

Zelfs in de strafvordering wordt die opvatting verdedigd. Het zou er niet om gaan te weten te komen ‘wat echt is gebeurd’, voor zover ter zake in het kader van de tenlastelegging, maar alleen om wettig en overtuigend bewijs als vooronderstelling van straf of maatregel. Dergelijke opvattingen lijken inderdaad te winnen bij relativisering van historische waarheid, in de trant van: die is toch niet meer vast te stellen, of: die is misschien wel vast te stellen, maar dat duurt te lang, wordt te duur en/of is in strijd met beginselen van *fair trial*, waaronder zwijgrechten. Moet dan maar worden afgegaan op de overtuigingskracht van belanghebbenden, binnen de perken van de regels van het spel? Nog afgezien daarvan wordt zelfs gesteld dat legitimatie van rechtspleging inderdaad louter procedureel is (*Legitimation durch Verfahren*), omdat de overtuigingskracht van rechterlijke uitspraken niet berust op feiten maar op geregelde autoriteit (zie daarover nog Huils, 2006, over Luhmann).

Met alle respect voor de eigen waarden en overtuigingskracht van eerlijke rechtspleging: dat lijkt toch niet waar te kunnen zijn. Bijvoorbeeld: bewijsnood kan er toe leiden dat de rechter feiten *ad ignorantiam* vaststelt, in de trant van: we nemen p aan, want uit niets blijkt niet-p (zie Kaptein, 2004). In praktisch elk ander verband is een dergelijk niet nader gekwalificeerd beroep op onwetendheid een even gevaarlijke als onvergeeflijke drogreden. Waarom dan niet in de rechtsvordering? In het kader van ‘partijautonomie’ wordt er wel tegen in gebracht dat betrokkenen zelf verantwoordelijk zijn voor hun documentatie en bewijspositie en dus over de gevolgen van bewijsnood niet kunnen klagen. Dat lijkt tenminste te vooronderstellen dat juridisch niet altijd onderlegde burgers en organen wél precies weten wat zij rechtens moeten vastleggen en wat niet. Dat is natuurlijk net zo’n misplaatste fictie als het eigenlijke *argumentum ad ignorantiam*.

Daar blijft het niet bij, want de idee van processuele in plaats van historische waarheid houdt ook in dat elk rechtsgeschied over feiten een einde vindt zodra betrokkenen het over die feiten met elkaar eens zijn. Dat kan nog minder waar zijn. Een werkelijk onwenselijk grensgeval is de bekende verdachte, in een omgeving van rechters en andere ambtenaren die in toetsing dan wel falsificatie van dergelijke bekentenissen aan enige historische werkelijkheid (bijvoorbeeld in termen van daderkennis) geen nader belang stellen – denk aan de Puttense zaak, de Schiedammer parkmoord, en nog wat zaken meer –.

Nu kan tegen al deze en dergelijke argumenten ten ongunste van processuele waarheid worden ingebracht dat zij eigenlijk niet meer zijn dan goed verholde *petitiones principii*, in hun stilzwijgend maar daarom toch onvoldoende verborgen beroep op het belang van historische werkelijkheden in rechterlijke vaststelling van feiten. Kritiek als die in termen van drogredenen in beroepen op onwetendheid lijken immers een van partijen en anderen onafhankelijke werkelijkheid te vooronderstellen. Bovendien is het maar een kleine stap van ‘de rechtswerkelijkheid is wat partijen en anderen er van maken’ naar ‘er is geen (kenbare) werkelijkheid die uitgaat boven de opvattingen van partijen’.

Maar dergelijk vergaande ontologische dan wel kentheoretische twijfels aan werkelijkheden doen in het verband van de rechtsvinding inderdaad niet zonder meer ter zake. Bijvoorbeeld: filosofen kunnen twijfelen aan het objectieve bestaan van ‘de’ werkelijkheid, dus ook aan al dan niet

te kort afgeknipte heggen als erfafscheidingen, in de rechtsvinding gaat het om de even empirische als alledaagse vraag wie die erfafscheiding had gekortwiekt, of niet. Hetzelfde punt anders uitgedrukt: geen redelijke rechter zal zich in dergelijke kwesties laten overtuigen door een partij die stelt dat de heg alleen bestaat in de verbeelding van individuele of collectieve vooroordelen. Dat is goed voor de studeerkamer, niet voor de rechtszaal en de werkelijkheid.

Toch kan tegen processuele waarheid niet zonder meer het belang van historische waarheid worden ingebracht, in de trant van: processuele waarheid leidt tot vaststelling van feiten in strijd met de geschiedenis. Dat blijft een *petitio principii*. Processuele waarheid leek juist een passende oplossing te bieden voor problemen van vaststelling van historische waarheid (par. 2). Maar deze schijn van patstelling kan als volgt worden doorbroken, toch ten gunste van historische werkelijkheid. Zonder de mogelijkheid van beroep op enige historische werkelijkheid die in beginsel onafhankelijk is van wat partijen en andere betrokkenen daarvan vinden verdwijnt alles in de machtsstrijd van 'het meest overtuigende argument tussen betrokkenen voor de rechter'. Wie volgens de regels de meeste indruk weet te maken, die wint, wat ook eigenlijk is gebeurd. Wie rechtsvorderlijk en retorisch minder goed beslagen ten ijs komt, die trekt aan het kortste eind. Dan wordt rechterlijke argumentatie over feiten niets anders dan een complexe *ad hominem*, in de trant van: wat telt is niets meer dan de rechtsvorderlijke autoriteit en overtuigingskracht van belanghebbenden, wat die ook opleveren. Ofwel: bewijsrecht als *pure procedural justice*. Argumentatief beschouwd is dat elementaire schending van het onderscheid van *contexts of discovery* en *contexts of justification* (zie daarover ook Kaptein, 2000).

Dat is dus het eigenlijk hermetische van louter processuele – of eigenlijk ook dialogische – waarheid. Het is de opgeslotenheid in het *discours*, hoe goed ook geregeld. Zonder stellige betrekking op de historische werkelijkheid is het niets meer dan vrij zwevende gedachtewisseling, uiteindelijk ongrijpbare kaleidoscopie van gedachten en gevoelens zonder enig vast punt. Sterker nog – en daarmee bijt het hele verhaal zich ook nog eens in eigen staart –: de rechter die al dan niet onder ede dan wel ambtedig voorgestelde feiten toetst in termen die verder gaan dan de betrouwbaarheid van bronnen – de sfeer van *ad hominem*, in de trant van: hoe groot is de kans op bevoordeling dan wel regelrechte leugenachtigheid, gegeven de persoonlijkheid en geschiedenis van deze bron –, kan niet anders dan die beweerde feiten toetsen aan enige historische werkelijkheid. Dat doet de strafrechter die bekentenissen toetst in termen van daderkennis, net zo goed als de civiele rechter wordt geacht in ieder geval te letten op consistentie van partijverklaringen met hem wél bekende feiten (zoals documenten ter zake).

Zo moet de idee van processuele waarheid toch verdwijnen in de werkelijke geschiedenis, tenminste in de zin van rechtens belangrijke historische werkelijkheden die niet kunnen opgaan in wat partijen en andere betrokkenen er van maken. Wezenlijk voor rechtspraak is dat de werkelijkheid recht wordt gedaan, en dat moet iets anders zijn dan wat partijen van die werkelijkheid – graag willen – maken.

In de lijn daarvan liggen dialogische, bijvoorbeeld pragma-dialectische theorieën van argumentatie, als het gaat om feiten. In beginsel hebben dergelijke theorieën van argumentatie dezelfde structuur. Spelregels bepalen de aanvaardbaarheid van 'zetten' in een redelijk discussie, zodanig dat als iedereen zich gehouden heeft aan die regels, het resultaat redelijkerwijs aanvaardbaar is. *Pure procedural justice*, ook in buitenrechtsvorderlijke beginselen van redelijke argumentatie? Nee, want eigenlijk lijden dergelijke dialogische opvattingen onder andere aan dezelfde euvelen die processuele feitenvaststelling zo onaannemelijk maken. Zo komt bij Walton (2002) het hele *argumentum ad ignorantiam* als kernprobleem van rechterlijke waarheidsvinding helemaal niet voor. Bovendien geldt ook hier dat deelnemers aan een redelijke discussie het volgens alle regels van het spel roerend met elkaar eens kunnen zijn, en zich toch even collectief als grondig kunnen vergissen. Niet alleen in de rechtspraak blijkt dat een meer dan louter logische mogelijkheid te zijn.

4. Remedies? Praktische veroordeling tot processualismen

Wat hier natuurlijk opdoemt is de dringende noodzaak van herneming van Bentham's anomische bewijsleer (1827), onafhankelijk van haar historische en utilistische connotaties: binnen zo ruim mogelijke perken mogen en moeten alle middelen worden gebruikt om achter de historische waarheid te komen. Zonder die waarheid is er geen recht. Zelfs kan worden gesteld dat de normativiteit van recht, anders dan de feiten en in welke uitleg van wetten, regels, precedents en nog veel meer dan ook, uiteindelijk niet meer is dan wat daarvan door juristen en anderen wordt gedacht. Zo schuilt de ijzeren grens aan subjectivering van recht uitsluitend in de feiten. Maar als – hier – eerder opgemerkt is die herneming van Bentham's vrije bewijsleer geen sinecure. Alleen al de analyse van rechterlijke archeologie op grond van indirect bewijsmateriaal (*circumstantial evidence*) stuit al snel op schijnbaar onoplosbare problemen van abductie, inductie, analogie, hun logische samenhang met al dan niet causale dan wel motivationele achtergrond-aannamen etc.

Bovendien kan worden volgehouden dat voor rechtspraak belangrijke feitencomplexen als opzet en schuld per definitie niet – alleen – kunnen worden vastgesteld op grond van herleiding van feiten in het verleden vanuit gegevens (getuigenverklaringen, sporen, documenten) in het heden. Zo wordt gesteld dat opzet en schuld worden bepaald door mogelijke verklaringen, rechtvaardigingen en verontschuldigingen van menselijk doen en laten. Daarmee worden dergelijke factoren wezenlijk procedurele, dialogische gegevens.

Dan zijn er – overigens door Bentham erkende – procedurele beperkingen aan vrije waarheidsvinding. *Lites finiri oportet* geldt natuurlijk ook in dit verband, niet alleen op grond van met de rechtspleging gemoeide geldelijke en andere kosten. In de strafvordering kan worden volgehouden dat verdachten mogen zwijgen (of zelfs liegen) en in ieder geval niet tegen zichzelf moeten getuigen. Al evenmin is goed voorstelbaar dat aan waarheidsvinding in de weg staande confidentialiteit van advocaten zonder meer wordt afgeschaft (zie daarover Kaptein, 2006).

Zo keren procedureel en dialogisch bepaalde methoden van waarheidsvinding – of wat daarvoor noodgedwongen moet doorgaan – weer terug ten tonele. Zolang alle betrokkenen er van zijn doordrongen dat dergelijke procedures niet constitutief zijn voor feitelijke waarheid, moet dat toch kunnen leiden tot juridische en menselijkerwijs aanvaardbare uitkomsten van rechterlijke rechtsbedeling. Dat vooronderstelt bij nogal wat betrokkenen en wezenlijk andere grondhouding. De goede rechter zal bewijslasten verdelen (en procedures in het algemeen zodanig voeren) dat er een zo groot mogelijke kans is dat de materiële waarheid mede dragend is voor zijn beslissingen.

Net zo goed als de rechter doordrongen moet zijn van de eigenlijke betekenis van de declaratoire eed: aanroeping van hogere machten die onwaarachtigen zullen straffen waar aardse autoriteiten tekort moeten schieten. Als het goed is worden getuigen immers alleen gehoord als geen andere wegen leiden naar rechtens belangrijke feiten. Anders gezegd: een werkelijk toetsbare getuigenis is als zodanig overbodig. Advocaten dienen op hun beurt doordrongen te zijn van (in ieder geval) de civielrechtelijke waarheidsplicht (art. 21 R.v.). Nogal eens 'vergeten' zij dat meegaan met tenminste de feiten als gesteld door malafide cliënten hun medeplichtigheid aan ontrecting van wederpartijen betekent. Alles natuurlijk daargelaten hier verder niet aan de orde zijnde bevooroordeeldheid en regelrechte kwade trouw in omgang met feiten – tot en met ten detrimente van onschuldige verdachten kennelijke leugenachtige officieren van justitie –.

Positiefrechtelijke ontwikkelingen stemmen hier niet in elk opzicht hoopvol. De waarheidsplicht in de burgerlijke rechtsvordering wijst in de goede richting – als misschien ook de stilzwijgende terugkeer naar het primaat van de historische feiten in de strafvordering, door verval van gevolgen van onrechtmatig verkregen bewijs en aanverwante ontwikkelingen in verband met art. 359a Sv. c.a., tegenover anderszins juist weer verdergaande proceduralisering van strafvorderlijke waarheid –, in het bestuursrecht gaat het min of meer *contra legem* even hard de verkeerde kant op (zie daarover Damen, 2006). Hard nodig is dan ook een herbezinning op de objectiverende

rol van feiten in rechterlijke conflictbeslechting. Die kan en moet meer zijn dan *Legitimation durch Verfahren*. De controleerbaarheid van de rechter, als eigenlijke grondslag van legitimiteit, moet worden gezocht in de kwaliteit van motivering van rechterlijke beslissingen. Die kunnen niet zonder feiten die waarnemingen en opvattingen van betrokkenen tenminste in beginsel overstijgen.

Tot slot kan hier nog tegen worden ingebracht dat feiten rechtens beschouwd juist vast komen te staan op grond van (in kracht van gewijsde gegane) rechterlijke uitspraken – denk bijvoorbeeld ook aan de gebondenheid van de civiele rechter aan strafrechterlijk vastgestelde feiten –. Dat kan natuurlijk niet anders. Maar: hopelijk toch op grond van de historische (en eventueel toekomstige) feiten van het geval. Anderzijds doet de rechter er goed aan zijn motivering altijd zo te verwoorden dat weliswaar niet langer juridische, maar wél menselijke ruimte blijft voor andere opvattingen van feiten ter zake. De rechter kan stellen: op grond van vaststaande feiten x en toepasselijk recht y is de uitspraak z. Maar de rechter behoort te weten dat zelfs hij zich in feiten kan vergissen. Uitzonderingen daargelaten zouden motiveringen dan ook als volgt moeten zijn ingekleed: op grond van gegevens a (het beschikbare bewijsmateriaal) moet redelijkerwijs worden aangenomen dat de feiten zijn x, op grond van toepasselijk recht y leidt dat tot uitspraak z. Ofwel: de rechterlijke uitspraak zelf kan op een gegeven moment niet anders dan vaststaan, op grond van feiten die de rechter in ieder geval uit respect voor kennelijk andersdenkende betrokkenen juist niet zonder meer vaststelt. Ook daarmee wordt recht gedaan aan partijen, gegeven de mogelijkheid dat die partijen (en andere betrokkenen) toch gelijk hadden maar daarin de rechter niet wisten te overtuigen.

Hoe dan ook, herneming van Bentham's project vergt meer dan logische analyse. *Virtue epistemology* zou een brug kunnen slaan naar bezinning op dialogische en (pragma-)dialectische benaderingen van argumentatie met en voor betrokken partijen en andere instanties. Waarbij nu eenmaal niet kan worden vergeten dat dialogische en dialectische benaderingen van het discours voor de rechter altijd zullen stuiten op schending van het algemene beginsel van elke dialogische benadering van rationaliteit en waarheid: ongedwongen communicatie tussen alle deelnemers. Als dat wél kon, was er immers in beginsel geen zaak. – De schijn van – partijautonomie is natuurlijk heel iets anders dan vrije gedachtewisseling. Alleen al daarom kunnen procedurele dan wel dialogische maatstaven de aannemelijkheid van rechterlijke feitenvaststelling en dus van rechterlijke uitspraken niet uitputtend bepalen.

De feiten van het geval en het recht ter zake vormen de grondslag van de rechterlijke uitspraak. Juridisering van die feiten, door die op hun beurt te laten bepalen door procedures, betekent dus vervreemding van die rechtsbedeling van de werkelijkheid, of tenminste werkelijkheden, waarin die rechtsbedeling moet gelden. Dat is valse hermetica, door 'opsluiting' van de feiten in de 'regels'. Daartegen kan uiteindelijk gelden een variant van redundantietheorieën van waarheid: afgezien van juridische ficties en andere rechtsgeldige uitzonderingen moet de rechtspraak zijn gebaseerd op het beginsel dat 'rechtens geldt p (feitenvaststelling)' gelijkwaardig is aan p.

BIBLIOGRAFIE

- W.D.H. Asser (2006). 'Factfinding in het civiele proces: een andere invalshoek'. In: W.D.H. Asser, L.J.A. Damen & G. Knigge, *Partijautonomie of materiële waarheid?* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, pp. 15-19.
- J. Bentham (1827). *Rationale of Judicial Evidence, Specially Applied to English Practice*. Garland Publishing, Inc., 1978.
- A.S. de Blécourt (1936). *Historisch en juridisch bewijs*. Groningen & Batavia: J.B. Wolters' uitgeverij N.V.

- H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar (1992). *Dubieuze zaken: de psychologie van strafrechtelijk bewijs*. Amsterdam & Antwerpen: Contact, 1994.
- L.J.A. Damen (2006). 'De bestuursrechter: van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?'. In: W.D.H. Asser, L.J.A. Damen & G. Knigge, *Partijautonomie of materiële waarheid?* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, pp. 21-31.
- T. Derksen (2006). *Lucia de B.: Reconstructie van een gerechtelijke dwaling*. Diemen: Veen Magazines. Hoge Raad der Nederlanden, 'Aegon II'-arrest, (6-11-1998, NJ 1999, 220)
- N. Huls (2006). 'De rechter is geen waarheidsvinder, maar een motiverende beslisser!'. In: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 35/1, p. 3-7.
- H.J.R. Kaptein (1997). 'Pennen als dodelijke wapens? Over criminele klok- en klepelkunde en een logische (?) kloof tussen feiten en recht'. In: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Pontier ed., *Op Goede Gronden. Bijdragen aan het Tweede Symposium Juridische Argumentatie*, 14 juni 1996 te Rotterdam. Nijmegen: Ars Aequi Libri, pp. 56-63.
- H.J.R. Kaptein (2000). 'Freeze! Over het ongrijpbare onderscheid tussen genese en geldigheid'. In: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Pontier ed. *Met Recht en Reden. Bijdragen aan het Derde Symposium Juridische Argumentatie* 18 juni 1999 te Rotterdam. Nijmegen: Ars Aequi Libri, pp. 35-42.
- H.J.R. Kaptein (2001). 'Bespreking van J.C. Hage, *Reasoning with Rules: An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*'. In: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 30/3, pp. 260-265.
- H.J.R. Kaptein (2004). 'Geen bewijs is ook bewijs? Rechtsvordering *ad ignorantiam* als criminele ufologie'. In: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Pontier ed. *In het licht van deze overwegingen*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, pp. 233-242.
- H.J.R. Kaptein (2006). *Kwade Zaken? De moraal van het juridisch beroep*. Nijmegen: Ars Aequi, p. 228.
- C.J.M. Klaassen (2002). 'Spreken is zilver, zwijgen is fout: over de waarheidsplicht van art. 21 NRv'. In: *Nederlands Juristenblad*, 30-8, pp. 1450-1458.
- G. Knigge (2006). 'De schijn van waarheid'. In: W.D.H. Asser, L.J.A. Damen & G. Knigge, *Partijautonomie of materiële waarheid?* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, pp. 33-43.
- J.H. Nieuwenhuis (2006). 'Wat is waarheid'. In: J.H. Nieuwenhuis, *Waar toe is het recht op aarde*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, pp. 121-140.
- J. Rawls (1971). *A Theory of Justice*. Belknap Press of Harvard University Press 1999.
- H.C.F. Schoordijk (2004). 'De verwezenlijking van het materiële recht in het civiele proces'. In: *Nederlands Juristenblad*, 23-1, pp. 162-167.
- D.N. Walton (2002). *Legal Argumentation and Evidence*. Pennsylvania State University Press.
- J.H. Wigmore (1913). 'The Problem of Proof'. In: *Illinois Law Review* VIII/2, 6, p. 77-103.